

Expediente Núm. 271/2011
Dictamen Núm. 394/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de diciembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 10 de noviembre de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, de fecha 26 de septiembre de 2006, se adjudicó a una unión temporal de empresas, que se comprometía a constituirse en sociedad anónima, el contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en los terrenos de Prados de la Fuente, en la ciudad de Oviedo, con un plazo de duración de cuarenta años, en el que se incluía el plazo de ejecución material de las obras, fijado en 14 meses.

El día 8 de febrero de 2007 se formaliza en documento administrativo el referido contrato, bajo la rúbrica “clausulado del contrato (...) a formalizar en escritura pública”, figurando en su cláusula primera la conformidad de la contratista con el pliego de condiciones y la sumisión a la legislación de contratación administrativa, en la segunda el compromiso asumido por la adjudicataria de ejecutar las obras “en el plazo de catorce meses” y en la cuarta que la concesión tiene una duración de “cuarenta años, a contar desde la formalización del contrato, la cual se efectuará mediante otorgamiento de escritura pública (...). Dentro del plazo de la concesión está incluido el plazo de ejecución de las obras”. En la cláusula sexta se establece que “el régimen de penalidades será el previsto en el capítulo II del pliego de condiciones” y en la séptima que la ejecución del contrato “se ajustará a lo dispuesto en el pliego de condiciones, en el contrato, en el acuerdo de adjudicación y en la oferta”.

A petición y a costa de la concesionaria, el contrato se eleva a escritura pública el 21 de marzo de 2007, adjuntándose al instrumento notarial el “pliego de cláusulas administrativas particulares y técnicas” y copias de los avales prestados por distintas entidades de crédito.

2. Obra incorporada al expediente la documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, comprensiva de:

a) El estudio de viabilidad de la concesión, los informes emitidos al respecto, el trámite de información pública, las alegaciones presentadas y la aprobación del estudio de viabilidad e inicio del expediente.

b) La propuesta de pliego de cláusulas técnicas económicas y jurídicas, los informes que sobre el mismo se han elaborado, los particulares relativos a un recurso presentado y a su desestimación, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local aprobatorio del expediente y del pliego, la convocatoria de la licitación y las ofertas presentadas, las actas de la Mesa de Contratación y el acuerdo de adjudicación.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato se recoge (artículo 1º) que “el presente pliego y el proyecto que, en su momento,

apruebe el Ayuntamiento, y la oferta del concesionario, en todo en lo que no esté en contradicción con este pliego, tendrán carácter contractual a todos los efectos” y se consignan causas específicas de resolución, añadiéndose en la última de las cláusulas (artículo 40º) que “en lo no previsto en este pliego de condiciones será aplicable lo dispuesto en la Ley de Bases del Régimen Local, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

En el artículo 15 del pliego se establece que las obras “se ejecutarán en el plazo señalado por el concesionario en su oferta, el cual no podrá exceder, en ningún caso, de dieciséis meses, a contar desde la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo”. En la oferta presentada por la UTE adjudicataria consta que “se prevé un plazo de ejecución de las obras de 14 meses a contar desde la firma del acta de replanteo”.

c) La garantía constituida por la adjudicataria, la documentación sobre las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y el requerimiento del Consistorio para la constitución de la sociedad y la presentación de las pólizas de seguro y el proyecto de obras.

3. Con fecha 30 de enero de 2007, libra informe una funcionaria de la Sección de Contratación del Consistorio en el que pone de manifiesto que “notificado el acuerdo el día 28 de septiembre, hasta la fecha el contrato no ha sido formalizado por causas imputables única y exclusivamente a las (...) empresas, al no haber acreditado la constitución ni de la sociedad anónima propuesta en su oferta (plazo de un mes desde la notificación del acuerdo de adjudicación) ni, en su defecto, de la unión temporal de empresas”. Indica a continuación que “hasta el día 17 de enero no se había dado cumplimiento a las siguientes exigencias del pliego de condiciones: (...) documentación requerida para justificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias (...); presentación de las pólizas de seguro (...), penalizable hasta (...) la resolución del contrato (...); presentación del proyecto de las obras”. Añade que el 17 de enero de 2007 se

presenta la certificación de la Agencia Tributaria, el “proyecto básico” y la escritura de constitución de la sociedad anónima, observándose que el capital social de esta última “se fija en 64.000 euros” cuando “en el compromiso de constitución se hizo referencia a (...) 1.500.000 euros”.

4. Figura, a continuación, la documentación relativa a la ejecución del contrato, integrada por:

a) Las pólizas de seguro presentadas por la contratista, el compromiso de la misma de “realizar las ampliaciones de capital necesarias hasta alcanzar la cifra comprometida” y la elevación a escritura de los acuerdos sociales sobre nombramiento de cargos y atribución de poderes.

b) La solicitud de formalización del contrato de concesión en escritura pública, el otorgamiento del mismo en documento administrativo, los particulares relativos a la “ejecución anticipada” de las obras de un parque infantil “respecto al resto de obras objeto del contrato” (actuación que es aprobada por la Junta de Gobierno Local el 27 de marzo de 2007), el escrito de la mercantil de 21 de marzo de 2007 expresivo de que se adjuntan “3 copias del proyecto de ejecución” del centro lúdico-acuático y deportivo, su sometimiento al trámite de información pública y la escritura de formalización del contrato, otorgada el 21 de marzo de 2007 y a la que se acompañan los avales constituidos y el pliego de cláusulas administrativas particulares y técnicas.

c) El oficio remitido a la concesionaria de las obras el 23 de marzo de 2007 en el que “se le recuerda la obligación de entregar la versión definitiva del plan económico-financiero y del contenido de los instrumentos de su financiación”; el informe emitido por la correduría de seguros del Consistorio sobre las pólizas presentadas, indicativo de que “también debería figurar como asegurado el Ayuntamiento de Oviedo, subcontratistas y toda persona que participe en las obras” y de que, “contrariamente a lo indicado en los pliegos, se excluyen expresamente los daños a conducciones subterráneas (...) o aéreas”; el oficio en los mismos términos dirigido por el Ayuntamiento a la

empresa contratista; las pólizas corregidas presentadas por esta; la reiteración del requerimiento de ajuste de las coberturas contratadas; las nuevas pólizas aportadas, y el posterior informe de la correduría de seguros expresivo de que ahora se “cumple con los requisitos exigidos en el pliego”.

d) Los particulares relativos a la remisión de un extracto del expediente a la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias y a la desestimación de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa que pretendía que la concesión no se extendiera a la actividad propia de los gimnasios, al considerar que con ello se incurría en competencia desleal con empresas del sector.

e) El informe de la Arquitecta Municipal, fechado el 10 de julio de 2007, en el que se concluye que el proyecto presentado “se ajusta a las condiciones edificatorias de aplicación”, y el posterior informe del Departamento de Ingeniería y Obras del Consistorio, en el que se indica la documentación complementaria que debe requerirse a la concesionaria.

f) El requerimiento dirigido a la concesionaria por la Concejal de Gobierno de Contratación para que, en el plazo de 15 días, haga entrega de “tres ejemplares del proyecto de ejecución definitivo, en el que se subsanen las (...) deficiencias reseñadas”, la remisión por la mercantil del proyecto definitivo y el informe del Departamento de Ingeniería y Obras en el que “se consideran cumplimentadas las condiciones”.

g) El informe favorable a la aprobación del proyecto y la certificación del acuerdo aprobatorio del mismo, adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 23 de octubre de 2007. En este acuerdo se indica que la concesionaria “deberá notificar al Ayuntamiento, formalmente, los técnicos que integrarán la dirección facultativa de las obras para su aceptación, así como los técnicos que realizarán las actividades de jefatura de obra y coordinación de seguridad y salud (...). Dentro del mes siguiente a la aprobación del proyecto deberá formalizarse el acta de comprobación del replanteo de la obra -en los términos señalados en el artículo 14º del pliego regulador del contrato-, iniciándose el cómputo del plazo de ejecución de las obras -14 meses- a partir

del día siguiente (...). En los 10 días naturales siguientes a la formalización del acta de comprobación del replanteo, el concesionario presentará en el Ayuntamiento el programa de trabajo". Dicho acuerdo se comunica a la empresa el día 25 del mismo mes.

h) El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 13 de noviembre de 2007, por el que se designa al Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal como técnico encargado del control y verificación del proyecto y de los trabajos y representante del Ayuntamiento en la formalización del acta de comprobación de replanteo. Con fecha 20 de diciembre de 2007, el técnico designado por el Ayuntamiento libra un informe en el que se reseña que la concesionaria no ha presentado el acta de replanteo de las obras que "debería haber realizado en fecha 23 de noviembre pasado". Se adjunta fax remitido a la empresa el día anterior comunicándole el incumplimiento del artículo 14 del pliego regulador de las condiciones del contrato.

i) El requerimiento dirigido a la concesionaria el 23 de octubre de 2007, para que aporte la "versión definitiva del plan económico-financiero y del contenido de los instrumentos de su financiación", ya solicitados por oficio de 23 de mayo del mismo año. Mediante escrito presentado en el registro municipal el 22 de octubre de 2007 la empresa presenta la versión definitiva del plan económico-financiero, que es informado por una técnica del Consistorio con fecha 11 de junio de 2008. En el referido informe se pone de manifiesto que "no constan los precios de algunos conceptos cuya tarifa máxima quedó fijada en el acuerdo de adjudicación", que "constan precios por conceptos que no se aprobaron en el acuerdo de adjudicación", que "no consta la entrega del contenido de los instrumentos de financiación" y que "es preciso que por la empresa se argumenten las variaciones habidas en los datos económicos que sirven de base para calcular la nueva tasa de retorno y que han hecho que esta se incremente 2,4 puntos respecto al estudio económico-financiero presentado con su oferta". El día 16 de junio de 2008 se remite el citado informe a la concesionaria para que proceda a subsanar las deficiencias advertidas.

j) El escrito presentado por la adjudicataria en el registro municipal el 31 de enero de 2008, en el que se propone fecha para la firma del acta de replanteo (4 de febrero del mismo año) y se comunica el nombramiento de los técnicos requeridos por el Ayuntamiento.

k) El "acta de replanteo previo a la licitación", firmada el 4 de febrero de 2008, en la que se consigna que "debido a varias causas, entre ellas la difícil configuración del terreno y la necesidad de realizar varios estudios topográficos (...), se ha retrasado la firma de este documento desde el día 24 de noviembre de 2007 hasta la fecha de hoy". Al día siguiente se remite a la empresa un escrito de la Concejala de Gobierno de Contratación en el que se señala que "lo que ha de formalizarse es el acta de comprobación del replanteo", relatando otras deficiencias e indicando que "se deberán justificar documentalmente las razones del retraso en la formalización del acta, dado que esta debería de haberse producido dentro del mes siguiente a la aprobación del proyecto". En el mismo oficio se le recuerda que para el inicio de las obras deberán aportarse el programa de trabajo, el plan de seguridad y salud y el anexo sobre vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Se incorpora al expediente un nuevo acta, de la misma fecha, corrigiéndose únicamente su encabezamiento.

l) La documentación relativa al cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos, presentada por la empresa el 27 de febrero de 2008. Se hace constar que uno de los integrantes de la UTE adjudicataria es ahora "contratista principal de la obra", por acuerdo con la concesionaria.

m) El oficio dirigido al Consistorio por la Secretaría del Colegio Oficial de Arquitectos de Asturias, recibido el 18 de abril de 2008, comunicando la renuncia de los técnicos que tenían encomendada la dirección de las obras a favor de otro facultativo.

n) Informes del Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal, fechados el 3 y el 21 de abril de 2008, indicando los retrasos que se acumulan en relación al "calendario de obra que presentó la propia empresa concesionaria", pues "debería estar acabado el movimiento de tierras" e

iniciados la cimentación, los muros y la estructura. Consta un escrito de la empresa, presentado el 17 de abril de 2008, manifestando no haber más incidencias “que las interrupciones de obra debido a las lluvias” y la “imposibilidad de ejecutar los pilotes de cimentación establecidos en el proyecto (...) debido a la inexistencia en el mercado de especialistas”. El Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal informa al respecto que “las cuestiones relativas a los días de lluvia (...) nos parecen irrelevantes” y que “la modificación del tipo de pilotaje (...) debería ser tramitada en el Ayuntamiento con el estudio económico correspondiente”.

ñ) El requerimiento de un “nuevo programa de trabajo”, mediante oficio de 2 de mayo de 2008, y el nuevo informe del Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal desglosando por unidades de obra el desfase entre lo programado y lo ejecutado. Se constata, con reportaje fotográfico, que a fecha 23 de mayo de 2008 solo se ha ejecutado plenamente el capítulo relativo al movimiento de tierras. Otro escrito del mismo informante, rubricado el 30 de mayo, detalla los porcentajes de inejecución de cada unidad de obra, deduciéndose un incumplimiento representativo de “aproximadamente un 22% de las obras que tenían que haber ejecutado” (en cuanto a la estructura, “tenía que estar realizado un 60% de la totalidad y no han comenzado” y tampoco se han iniciado los aislamientos, la cubierta y la albañilería, partidas con una ejecución programada, respectivamente, del 50, del 30 y del 10%).

o) El informe de la Adjunta al Jefe del Servicio de Interior, librado el 30 de mayo de 2008, relativo a la posibilidad de imposición de penalidades y resolución del contrato por demora, así como a las consecuencias de la modificación del proyecto sin la autorización del Ayuntamiento.

p) La certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado el 2 de junio de 2008 a propuesta de la Concejal de Gobierno de Contratación, requiriendo a la empresa “el reajuste de la actividad constructiva a los plazos parciales” ante la “evidente demora” y la presentación del oportuno proyecto modificado, con expresa advertencia de imposición de penalidades o resolución contractual.

q) El informe técnico, fechado el 6 de junio de 2008 y acompañado de fotografías que retratan el mismo estado de inejecución observado el 30 de mayo.

r) La certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 10 de junio de 2008, para que, en caso de incumplimiento, “una vez que finalice el primer plazo parcial de ejecución de las obras (...) se inicien los trámites para la apertura de expediente sancionador”.

s) Escrito de la empresa de 7 de julio de 2008, adjuntando informe complementario al estudio geotécnico, plan de trabajo modificado y certificaciones de obra de febrero a junio de 2008.

t) Nuevo informe del Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal, librado el 17 de julio de 2008, aceptando la justificación del cambio de pilotaje y advirtiendo que el nuevo plan de trabajo “será muy difícil de cumplir”. Se puntualiza que la “estructura de hormigón” debería haberse iniciado a primeros de mes y no se hizo así, observándose deficiencias en las certificaciones.

u) Escrito de la empresa que ejecuta las obras, presentado el 13 de enero de 2009, solicitando la “devolución de la fianza definitiva”. Se anota, sobre el mismo escrito, la improcedencia de la petición y su comunicación verbal a la interesada.

v) Informe técnico municipal, fechado el 28 de enero de 2009, expresivo de que “el problema de fondo puede ser, dadas las actuales circunstancias, una falta de financiación del proyecto”.

x) La certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 29 de enero de 2009, requiriendo al concesionario la continuación de las obras “conforme al calendario (...) depositado” y la remisión de un “informe mensual de los avances realizados”, con advertencia de imposición de sanciones.

y) Oficio de la Concejalía Delegada de Contratación, remitido a la empresa el 21 de julio de 2008, requiriéndole la remisión de certificaciones mensuales, ajustadas al pliego regulador del contrato, y un informe de la Dirección Facultativa “en el que se justifique el cumplimiento del plazo total del

contrato". Mediante escrito de 28 de agosto de 2008, la concesionaria aporta el informe requerido, un nuevo programa de trabajo y el desglose de certificaciones. El Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal informa al respecto, el 10 de septiembre de 2008, que se incumplen los plazos mensuales, que el informe aportado por la Dirección Facultativa de las obras "no hace referencia al desfase que tienen las mismas", que se desconoce la razón por la que "los precios certificados no coinciden con los señalados en el proyecto aprobado", que la última certificación de obra remitida corresponde al mes de junio -"con lo cual el seguimiento y control (...) se hace muy difícil"- y que "se presenta unilateralmente por la concesionaria un nuevo programa de trabajo; ya es el tercero en poco más de seis meses desde que se inició la obra".

z) Proyecto de modificación provisional, con ampliación de superficie construida, presentado por la empresa el 3 de diciembre de 2008. En el escrito que lo encabeza afirma la mercantil que el retraso es "debido a las contingencias del mercado financiero" y que "la finalización de la obra será aproximadamente a finales del año que viene, salvo complicaciones derivadas de lo expresado anteriormente".

a.a) Informe de la Arquitecta responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal sobre el proyecto provisional presentado, emitido el 17 de diciembre de 2008. En él se detallan las diversas modificaciones, se constatan los retrasos acumulados en relación al plan de trabajo inicial y se indica que, "en todo caso, el proyecto modificado definitivo a presentar debería ser un proyecto de ejecución completo firmado por técnico competente", añadiendo que, "teniendo en cuenta el plazo de finalización de las obras (5-04-2009) (...), la demora y el incumplimiento de los plazos parciales suponen la imposibilidad de terminación de la obra dentro del plazo total". Se adjunta el informe de otro Arquitecto municipal sobre los cambios introducidos.

a.b) La petición de informe a los Servicios locales afectados, a cuyas resultas se constata que la modificación es autorizable dentro de los parámetros urbanísticos, si bien debe presentarse proyecto definitivo visado; que la imposibilidad de cumplimiento del plazo total es causa de resolución del

contrato, y que los cambios propuestos en las instalaciones deportivas constituyen una mejora, si bien “suponen una variación (...) del pliego de cláusulas administrativas particulares y técnicas”.

a.c) El escrito de la concesionaria, registrado de entrada el 9 de febrero de 2009, manifestando que “la situación económica actual está provocando dificultades”, y solicitando un plazo de tres meses para la entrega del proyecto modificado y que se le permita “la entrega del calendario de obra una vez se tenga redactado el citado proyecto”.

a.d) Una inspección técnica, documentada el 15 de abril de 2009, que constata un avance en las obras.

a.e) Un nuevo escrito de la empresa, presentado en el registro municipal el 18 de junio de 2009, que insta la concesión de “una moratoria de seis meses (...) para intentar solucionar la obtención de la necesaria financiación externa del proyecto”.

a.f) Una nueva inspección técnica, girada el 26 de junio de 2009, que constata la paralización de los trabajos.

a.g) El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 9 de julio de 2009, que aprueba “la suspensión temporal de las obras (...) por un plazo máximo de dos meses”, durante el que la concesionaria “deberá presentar el proyecto modificado de las obras para su aprobación, así como el estudio económico financiero para su financiación y el programa de trabajo. Concluido el plazo y aprobado el proyecto modificado, deberán reanudarse las obras, que deberán estar finalizadas en el plazo máximo de los seis meses siguientes”.

a.h) Escrito de la empresa, registrado de entrada el 2 de diciembre de 2009, al que se acompaña “planning de obra” y, según se manifiesta (no consta en este expediente), proyecto básico de ampliación y redistribución (...) para adjuntar al proyecto inicial”.

a.i) Solicitud de la concesionaria, presentada el 3 de febrero de 2010, instando “una moratoria de quince días (...) para intentar solucionar la obtención de la necesaria financiación ajena”. Al día siguiente, y previa

propuesta favorable, la Junta de Gobierno Local acuerda conceder la moratoria solicitada. Figura, a continuación, diversa documentación registral extraña a esta controversia.

a.j) La certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 8 de julio de 2010 previa propuesta de la Concejalía del ramo, requiriendo al concesionario para que acredite el avance de los trabajos “conforme a los calendarios presentados” y presente “el proyecto modificado, estudio económico financiero y programa de trabajo adaptado a la realidad de la obra, a fin de que sea aprobado o rechazado”.

a.k) Escrito de la mercantil, registrado de entrada el 31 de julio de 2010, en el que se manifiesta estar a la espera de la aprobación del proyecto de “ampliación y redistribución” presentado, y se añade que la obra podrá concluir en mayo de 2011 “siempre y cuando se obtenga la financiación necesaria”.

a.l) La certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión de 5 de agosto de 2010 previa propuesta de la Concejalía del ramo, disponiendo que “por la Responsable Técnica Municipal del contrato se certifique en el plazo de 15 días la obra ejecutada, como trámite previo a la resolución del contrato”.

a.m) La documentación presentada por la empresa, a petición de la técnica municipal, comprensiva de facturas de gastos y la última certificación de obra.

a.n) Dos informes técnicos municipales sobre medición y valoración de la obra ejecutada, ambos librados el 31 de agosto de 2010. Figuran, a continuación, un plano del área y la noticia de prensa sobre un nuevo vial en la zona.

a.ñ) Los escritos de la empresa, presentados el 24 y el 28 de septiembre de 2010, adjuntando una misiva en la que se recoge el compromiso de otra mercantil, que entra en el accionariado de la concesionaria, de aportar las garantías necesarias para “la finalización de la obra y la puesta en marcha del centro en el menor tiempo posible”. Solicita, asimismo, la empresa la aprobación del “proyecto modificado presentado el 2 de diciembre de 2009” y la

aclaración de la noticia aparecida en prensa sobre un nuevo vial “al invadir la parcela objeto de esta concesión”.

a.o) Escrito de la concesionaria, fechado el 16 de noviembre de 2010, comunicando la reanudación de las obras “el próximo 17 de noviembre”. Constan informes técnicos municipales, fechados el 18 de noviembre y el 15 de diciembre, reseñando el último de ellos que “en el momento de girarse la visita no había personal técnico en obra (...) y que el número de operarios trabajando alcanzaba la exigua cifra de cuatro”.

a.p) El nuevo requerimiento a la empresa para que presente la documentación relacionada en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 8 de julio de 2010, notificado por fax el 26 de noviembre de 2010. En él se aclara que el “proyecto modificado” al que se refiere el citado acuerdo es el “proyecto de ejecución” modificado, cuyo básico consta en el expediente. El requerimiento se reitera, en idénticos términos, el 23 de febrero de 2011, otorgando “un último e improrrogable plazo de siete días”.

a.q) El escrito presentado por la concesionaria en el registro municipal el 3 de marzo de 2011, solicitando la aprobación del proyecto básico del modificado “como paso previo e imprescindible para continuar con la preparación del proyecto de ejecución”, así como la concesión de un plazo para la confección de este último y la aportación de la documentación requerida.

a.r) Informe de la Arquitecta responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal, librado el 25 de marzo de 2011. En él recuerda que ya en su anterior informe de 17 de diciembre de 2008 se advirtió que “en todo caso, el proyecto modificado definitivo a presentar debería ser un proyecto de ejecución completo firmado por técnico competente” y, tras referir los sucesivos requerimientos desatendidos, concluye que la última solicitud de la empresa “no es más que un nuevo pretexto para eludir presentar el proyecto de ejecución tantas veces requerido, así como conseguir una nueva dilatación en los plazos”.

5. En sesión celebrada el 14 de abril de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda, previa propuesta del Concejal Delegado de Seguimiento de Concesiones, “incoar el procedimiento de resolución del contrato” por incumplimiento de “obligaciones contractuales esenciales”, reseñando como tales “no haber cumplimentado los sucesivos requerimientos de presentación de documentación, especialmente en lo que se refiere al proyecto modificado de ejecución, y la demora en la ejecución de las obras, con la ralentización y, en algún caso, paralización de las mismas”, todo ello, “en atención a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la concesión de obra pública (artículos 30º, apartado 1; 34º, apartado D), y 37º, apartado 2), así como en la legislación contractual aplicable”.

Asimismo, se acuerda dar traslado del acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual a la empresa y a los avalistas.

Notificado el acuerdo de incoación a la concesionaria el 26 de abril de 2011, esta solicita una ampliación del plazo para formular alegaciones, resuelta favorablemente el 12 de mayo, y presenta el día 2 de junio de 2011 un escrito de oposición a la resolución contractual en el que señala que las dificultades de financiación en el contexto de la crisis son ajenas a la empresa y constituyen un “acto propio” de la Administración, al haber sido asumidas por la Junta de Gobierno Local en la argumentación de algunas de sus resoluciones. El retraso se califica como “supuesto”, al no haber aprobado el Ayuntamiento el “proyecto modificado” y el “planning de trabajo”.

Se incorpora al expediente un informe técnico favorable a la resolución contractual (por cuanto “el incumplimiento de la obligación de presentar el proyecto modificado de ejecución definitivo se produce por negligencia de la empresa” y se ha producido un “retraso evidente”), que se acompaña de otro de la Asesoría Jurídica en idéntico sentido, la propuesta de resolución del Interventor General -fecha el 2 de agosto de 2011- también favorable a la resolución “con incautación de la garantía y (...) determinación de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al Ayuntamiento”, un informe de medición y valoración de la obra ejecutada, la solicitud de segregación de la parcela

ocupada por el parque infantil y de asunción de su mantenimiento por el Consistorio, el informe municipal contrario a la pretensión anterior, el informe del Responsable de Parques y Jardines constatando que este servicio municipal “viene realizando el mantenimiento” del parque infantil “desde su construcción”, una nueva propuesta de resolución en la que se considera que procede “declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato” e incoar uno nuevo, otros dos informes (de la Asesoría Jurídica y de Intervención) en los que se entiende también procedente declarar la caducidad.

6. La Junta de Gobierno Local, en sesión de 1 de septiembre de 2011, adopta un acuerdo declarando la caducidad del procedimiento resolutorio anterior e incoando uno nuevo. En este mismo Acuerdo se dispone que, en el seno del nuevo procedimiento, se requiera a la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal para que “informe sobre la cuantificación los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento con motivo de la resolución y cuya indemnización deba hacerse efectiva sobre la garantía constituida”. Asimismo, se acuerda “dar trámite de audiencia a la empresa concesionaria (...) y a la entidad avalista de todos los informes sobre la resolución del contrato por plazo de 10 días naturales”.

7. Trasladado a la concesionaria y a los avalistas el acuerdo de incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, la empresa concesionaria -a la que se le comunica con fecha 6 de septiembre de 2011- presenta, el día 15 del mismo mes, un escueto escrito de alegaciones. En él expone que no se le ha dado traslado de “todos los informes sobre la resolución del contrato”, por lo que solicita su entrega con suspensión del plazo para alegaciones “en evitación de indefensión”.

8. Mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de octubre de 2011, se resuelve “dar nuevamente trámite de audiencia” a los afectados, “dada la importancia” que el mismo “tiene en el

procedimiento de resolución contractual”, así como trasladarles los informes municipales de medición y valoración de la obra ejecutada, si bien se les advierte que con el anterior trámite de audiencia “de todos los informes relacionados con la resolución” no se está señalando que se les “remita (...) copia de tales informes, sino que se hace referencia a la posibilidad de conocer los mismos consultando el expediente”.

9. Evacuados los oportunos traslados, la concesionaria presenta el 25 de octubre de 2011 un escrito de alegaciones en el que reitera su oposición a la resolución contractual, por no resultarle imputable la “crisis financiera en el sector de la construcción” -a la que otorga la consideración de “acto propio” del Consistorio, al haberlo incorporado a la motivación de algunas resoluciones-, y su pretensión de que el Ayuntamiento apruebe “el proyecto modificado básico y el planning en su día presentados”, siendo entretanto el responsable del retraso.

La mercantil manifiesta, finalmente, su oposición a la valoración de la obra realizada, puntualizando que “después de la incoación de este expediente se han seguido ejecutando las obras”.

10. Con fecha 26 de octubre de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior del Ayuntamiento, con el visto bueno de la Jefa del Servicio, libra informe con propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones presentadas, por las razones que expone, y en particular por cuanto “la modificación del proyecto partió de la propia empresa” y “los retrasos imputables a la concesionaria -continuos y manifiestos no solo desde el inicio de las obras, sino desde el mismo momento de constituir la sociedad propuesta- y su manifiesto desinterés por cumplir con los requerimientos realizados sobre el proyecto modificado y plan de financiación, son una manifestación más del incumplimiento de obligaciones contractuales que han llevado al incumplimiento de la obligación principal”, que no es otra que la de ejecutar la obra.

11. Con fecha 2 de noviembre de 2011, se incorpora a las actuaciones un nuevo informe de Intervención que se remite al anterior informe del Interventor General de 2 de agosto de 2011 en cuanto al fondo del asunto y a los informes municipales de valoración de la obra respecto a la liquidación del contrato.

12. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 10 de noviembre de 2011, registrado de entrada el día 15 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjuntando a tal fin copia compulsada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), al tratarse de un contrato típico de concesión de obras públicas.

Consecuentemente, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, del TRLCAP, el régimen jurídico del contrato suscrito para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente es el establecido por el propio TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato se recoge (artículo 1º) que “el presente pliego y el proyecto que, en su momento, apruebe el Ayuntamiento, y la oferta del concesionario, en todo en lo que no esté en contradicción con este pliego, tendrán carácter contractual a todos los efectos”; y se consignan causas específicas de resolución, añadiéndose en la última de las cláusulas que “en lo no previsto en este pliego de condiciones será aplicable lo dispuesto en la Ley de Bases del Régimen Local, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, R. D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Asimismo, producida la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, su disposición transitoria primera (cuya literalidad se reproduce en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -en adelante TRLCSP-, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a dicha entrada en vigor se regirán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior.

Conforme a lo establecido en el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL), el órgano de la entidad local competente para contratar podrá acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legales. En tal sentido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 59.1 del TRLCAP, el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y

efectos señalados legalmente, la prerrogativa de “acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de señalar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente -en este caso, al tratarse de un municipio de gran población, es la Junta de Gobierno Local, según establece ahora la disposición adicional segunda, apartado 3, del TRLCSP, reproducción literal de la misma disposición de la Ley 30/2007-, su instrucción se encuentra sometida, por razones temporales, a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre (en redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, y que se corresponde con el actual artículo 224 del TRLCSP), que se remite a la regulación de desarrollo, y en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio (tal como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL, que consta en el expediente que analizamos. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento sustancial de todos los trámites señalados. Sin embargo, advertimos de alguna irregularidad que no reviste una incidencia sustantiva, como ocurre con la omisión de la formal incorporación de los informes obrantes en el expediente caducado. Se observa, asimismo, que el informe-propuesta de resolución no se pronuncia expresamente sobre la pérdida de la garantía constituida -lo que sí se explicita en el informe de Intervención-. Tal incautación constituye, bajo el régimen del TRLCAP aplicable al contrato que examinamos, un automatismo derivado de su artículo 113.4 para el supuesto de incumplimiento culpable, no obstante, a tenor del apartado siguiente del mismo artículo, debe ser objeto de expreso pronunciamiento en el acuerdo de resolución.

Por último, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, habiendo sostenido que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, no cabe desconocer que el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, confirmando en su *ratio decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 19 de julio de 2004 y 2 de octubre de 2007; tesis que igualmente sostiene la misma Sala (Sección 6.ª) en su Sentencia de 9 de septiembre de 2009, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, y que confirma en la Sentencia de 8 de septiembre de 2010.

En consecuencia, en acatamiento de esta jurisprudencia y en respeto al principio de seguridad jurídica, este Consejo considera procedente declarar la caducidad del procedimiento sometido a nuestro dictamen por haber transcurrido, sin que medie la suspensión de dicho plazo de conformidad con lo señalado en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, el plazo de tres meses desde su

incoación, en este caso el día 1 de diciembre de 2011. Todo ello sin perjuicio de que pueda iniciarse un nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes del mismo y de aquellos trámites que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, quede constancia de la situación de incumplimiento a la fecha en que se instruya, y en el que, previa la oportuna audiencia a los interesados y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjudicado a la empresa `X´.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.